

◇ 学位論文審査要旨 ◇

市 川 啓

間接正犯概念の淵源およびその発展に関する歴史的考察  
——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——

審査委員 主査 松 宮 孝 明  
副査 安 達 光 治  
副査 高 橋 直 人

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、「目的なき故意ある道具」および「身分なき故意ある道具」などの「故意ある道具」を利用する間接正犯の問題を巡って展開されてきたドイツの間接正犯論を歴史的に探究することで、日本における間接正犯論および目的犯・身分犯などの各論的問題に対する新たな視点を提供しようとするものである。

たとえば、窃盗罪における「不法領得の意思」を、1998年の改正までは明文によって「他人の財物を自らが不法に領得する意思・目的」に限定していたドイツ刑法では、自己が領得するのではなく背後にいる依頼者に領得させようと考えて他人の財物を窃取した者には窃盗罪の正犯が成立しなかった。この場合、ドイツの判例は、背後者をして、「目的なき故意ある道具」を利用した窃盗罪の間接正犯だとし、直接行為者をその従犯としてきた。しかし、この場合には、直接行為者には責任能力が欠けるわけではなく、事情を知らないまま故意なく背後者に利用されたわけでもなく、さらには、強制されて意思決定の自由を奪われていたわけでもない。このような場合にも、直接行為者を機械や動物と同視できるような「規範的障害のない道具」とみなして背後者を（間接）正犯とすることができるかどうか、学説において長らく争われてきた。これが、「目的なき故意ある道具」は認められるか、という問題である。

また、公務員が公務員でない私設秘書に命じて業者からわいろとしての金銭を受

け取らせ(てそのまま当該公務員名義の銀行口座に入金させ)た場合、直接行為者に公務員たる身分がないため取賄罪の(直接)正犯にはなれない。この場合、従来の議論によれば、背後の公務員は「身分なき故意ある道具」を利用した取賄罪の間接正犯とされる。しかし、ここでも、直接行為者には責任能力が欠けるわけではなく、事情を知らないまま故意なく背後者に利用されたわけでもなく、さらには、強制されて意思決定の自由を奪われていたわけでもない。ゆえに、これを「道具」とみなして背後者を間接正犯とすることができるかどうか、学説上、争われてきたのである。

本論文は、この「故意ある道具」問題を手掛かりにして、間接正犯論の淵源を探り、それが伝統的には、やはり、今日の正犯に当たる「知的発起者」の中から「規範的障害のある者」を犯罪に誘致する教唆犯を分離して、「規範的障害のない者」を利用するグループを指すものであったことを明らかにした。他方、一部では、「身分や目的のない故意ある道具」問題につき、身分や目的を正犯の要素とするのではなく行為の要素とする考え方が、拡張的正犯概念と限縮的正犯概念の双方に生まれ、これが今日の統一的正犯概念を基礎とするオーストリー刑法に繋がっていくことも示唆されている。

その上で、ドイツ刑法の改正や学説の動向も踏まえ、「目的なき故意ある道具」問題については、たとえば「不法領得の意思」を「他人に領得させる目的」に拡張するなどの解決方法があること、「身分なき故意ある道具」問題では「(特別)義務犯」などの背後者を端的に(直接)正犯と捉える考え方があることを示すことによって、解決の方向が示唆されている。

## 2 本論文の構成

本論文の構成は以下のとおりである(「節」より下位の細目次は省略)。

### 序 論

#### 第一部 間接正犯の淵源について——19世紀ドイツの学説と立法を中心に

##### 第一章 19世紀以前の学説および立法の展開に関する概観

###### 第一節 ローマ法における共犯論

###### 第二節 注釈学派・後期注釈学派における共犯論

###### 第三節 ゲルマン法の思想

###### 第四節 ローマ法の継受後の立法および諸学説

第五節 CCC 以後、プロイセン一般ラント法までの立法の展開

第六節 ま と め

第二章 世紀転換期の学説における共犯論

第一節 クラインシュロートの見解（1794年）

第二節 クラインの見解（1796年）

第三節 グロールマンの見解（1798年）

第四節 ティットマンの見解（1800年）

第五節 小 括

第三章 フォイエルバッハの共犯論と1813年バイエルン王国刑法典

第一節 フォイエルバッハの共犯論とその変遷

第二節 1813年バイエルン王国刑法典について

第三節 小 括

第四章 1851年プロイセン刑法典の成立以前の学説

第一節 ミッターマイヤーの見解（1819年）

第二節 ステューベルの見解（1828年）

第三節 バウアーの見解（1840年他）

第四節 ルーデンの見解（1840年）

第五節 ケストリンの見解（1845年）

第六節 ベルナーの見解（1847年）

第七節 小 括

第五章 1851年プロイセン刑法典の成立からライヒ刑法典の制定に至るまで

第一節 プロイセン刑法典の諸草案の動向

第二節 ライヒ刑法典の制定に至るまでの立法史

第三節 学説の展開

第四節 小 括

第六章 ライヒ刑法典の制定後の学説の展開

第一節 間接正犯という名称の登場

第二節 故意ある道具の問題の登場

第三節 小 括

第一部 終 章

第二部 20世紀以降のドイツにおける目的なき・身分なき故意ある道具の議論  
はじめに

- 第一章 20世紀前半の立法動向と故意ある道具
    - 第一節 1909年予備草案および1911年対案
    - 第二節 1919年草案
    - 第三節 1925年草案と1927年草案
    - 第四節 ナチス期の諸草案
    - 第五節 小 括
  - 第二章 いわゆる限縮的正犯論内部の争い
    - 第一節 故意ある道具を認めない見解
    - 第二節 故意ある道具を認める見解
    - 第三節 小 括
  - 第三章 限縮的正犯論と拡張的正犯論の対立
    - 第一節 ツインマールとブルンスの限縮的正犯論——間接正犯を教唆犯に解消する見解
    - 第二節 拡張的正犯論と故意ある道具
    - 第三節 小 括
  - 第四章 目的的行為論と間接正犯論
    - 第一節 ヴェルツェルの見解(1939年)
    - 第二節 マウラッハの見解(1948年, 1954年)
    - 第三節 ガラスの見解(1954年)
    - 第四節 小 括
  - 第五章 戦後ドイツにおける間接正犯論——第六次刑法改正前まで
    - 第一節 戦後の刑法改正について
    - 第二節 学説の展開
    - 第三節 小 括
- 第二部 終 章  
結 語

なお本論文は、「間接正犯の淵源に関する一考察(1)(2)(3・完)——19世紀のドイツにおける学説と立法を中心に——」立命館法学361号(2015)169~210頁,同362号(2015)220~258頁,同365号(2016)142~197頁,「間接正犯論の歴史的考察(1)(2)(3)(4・完)——目的なき・身分なき故意ある道具を素材に——」立命館法学366号(2016)85~123頁,同367号(2016)51~90頁,同368号(2016)72~128頁,同371号(2017)27~72頁として公刊されている。

### 3 本論文の内容

「本論文の概要」において述べたように、本論文は、「目的なき、および身分なき故意ある道具を用いた間接正犯」という問題を素材として、ドイツ刑法学における間接正犯をめぐる学説史を検討し、それを通じて、日本刑法学における間接正犯論や、目的犯・身分犯に対する共犯という各論的問題についても、有益な示唆を得ようとするものである。以下、本論文の内容を要約する。

#### (1) 問題意識

「間接正犯」という法形象は、直接に犯罪結果を実現した者、すなわち直接行為者に責任能力がないか、または当該犯罪の故意がない、さらには強制によって当該行為を止めることができないなど、当該犯罪に及ぶに際してその妨げとなる「規範的障害」のない者（「道具」）を背後者が利用して、自己が意図する犯罪を実現する場合の背後者を意味する言葉である。

この法形象をめぐるのは、背後者が直接に犯罪結果を引き起こすのではなく、自己の手で結果を引き起こすのは直接行為者であるため、背後者を「正犯」（ドイツ語では Täter）と呼んでよいのか（「間接正犯の正犯性」）、その裏返しとして、それは教唆犯などの共犯と考えるべきではないか（「共犯の従属性の緩和」という問題と、直接行為者に「規範的障害」がある場合でも間接正犯は成立するのか（目的や身分などのない「故意ある道具」）という問題が、かなり錯綜して議論されてきた。このうち、「間接正犯の正犯性」問題は、本学教授であった佐伯千仞博士を中心に、日本において激しく議論されてきた。

他方、「故意ある道具」問題は、ドイツにおいて比較的最近まで激しく議論されてきた問題である。というのも、「間接正犯」は、直接行為者に「規範的障害」のない者を背後者が利用して、自己が意図する犯罪を実現する場合の背後者を意味するという「道具理論」ないし「答責性理論」が、ドイツでは通説的な地位にあったからである。したがって、「故意ある道具」の場合、直接行為者は、その引き起こした結果について、過失責任は別として、故意犯（正犯または共犯）としての罪責は負わないのが通常である。しかし、身分のない者を利用した身分犯の間接正犯では、直接行為者には通常、このような「規範的障害」が存在する。

また、ドイツにおける目的なき故意ある道具を利用した間接正犯では、たとえば自己が不法領得するのではなく他者に不法領得させるために他人の財物を奪う人物

には、1998年改正までは不法領得の意思が自己領得の目的に限定されていたため、この自己領得の目的がなく、彼に奪取を依頼した背後者に自己領得目的があることから、背後者を「目的なき故意ある道具」を利用した窃盗罪の間接正犯とすることが可能かどうかが議論されていた。そして、この場合でも、直接行為者には「規範的障害」は存在する。したがって、これらの場合において、背後者を間接正犯とすることができるかどうか、従来、とりわけドイツの学説においては、激しく議論されてきた。

## (2) 第一部の内容

本論文は、その第一部において、「間接正犯」の「正犯性」や「故意ある道具」といった問題が生まれてくるまでのドイツの間接正犯論の発生史を検討している。その第一章および第二章では18世紀末までの立法と学説を、第三章ではフォエルバッハの共犯論および彼が起草した1813年のバイエルン刑法典を検討しているが、そこで得られた結論は、次のようなものである。すなわち、当時は、今日でいう教唆犯も、事情を知らない者や強制されている者を利用する間接正犯と同じく、知的発起者と呼ばれていたということである。そこでは、バイエルン刑法典を起草したフォエルバッハが決定論に立っていたことから、正犯の犯行に不可欠な補助は、従犯減輕の対象とならず、発起者に属するものとされるか否かといった論争問題があった。しかし、第四章で検討するフランス刑法典の影響を受けたミッターマイヤーが「正犯」(Täter)という言葉で物理的発起者を示していたことから、「正犯」には自己动手が必要と受け止められる余地があった。しかし、本論文は、そのミッターマイヤーの見解においても、今日の間接正犯に相当する発起者については、刑において、実行発起者と同じ扱いがなされていたことを示している。「むしろ従来、知的発起者という用語の下で一括りにされてきたものの中には異なるものが混在しており、背後者と直接行為者の可罰性の同置は再考すべきであるとの立法論を主張したことの方が、間接正犯と教唆犯の分化にとって重要」だというのが、本論文の評価である。

さらに、本論文では、1851年プロイセン刑法典等を背景にしたヘーゲル学派により、直接行為者の自由意思の有無によって教唆犯と「みせかけの教唆」(今日の間接正犯)に分化していった経緯が示される。そして、それが1871年のライヒ刑法典に継承される(第五章)。つまり、そこでは、直接行為者の自由意思の有無が、この分化の理論的要因であったとされるのである。そこでは、「正犯性」が、自己动手基準によるのではなく、直接行為者の自由意思の欠如(つまり「道具理論」)に

よって根拠づけられており、それによって「間接正犯の正犯性」問題がクリアされていたことが明らかにされる。

### (3) 第二部の内容

本論文の第二部では、このようにして「道具理論」に基づいて形成された間接正犯論が、ライヒ裁判所が故意ある道具を利用する間接正犯を認めたことで動揺を来し、学説上の論争となっていくことが示される。その第一章ではライヒ裁判所の判例が、第二章では刑法典全面改正という立法動向が分析され、当初は各論的な個別規定の改正による解決が目指されたことが示される。しかし、第三章以下で示される諸学説から、この問題は総論的な正犯概念・犯罪体系論にまで波及していったこと、具体的には、共犯規定は刑罰縮小事由であって、犯罪の関与者は原則として正犯であるとする拡張的正犯概念や、身分などの要素は行為者（正犯）の属性ではなく関与者のうちの誰かが持つていれば足りるとする行為属性であるとする見解の登場などである。しかし、1960年代に登場した「義務犯」という考え方により、身分犯では背後者の特別義務違反が正犯の基準であって直接行為者を「道具」と考える必要はないと考えることで、身分なき故意ある道具の問題解決が見出されたとされる。また、目的なき故意ある道具では、窃盗罪等における不法領得の意思の中に、他者に領得させる目的も含むとする刑法の明文改正によって、各論的な問題解決が図られたことが示される。

最後に、このような歴史的考察の帰結として、以下のことが強調される。すなわち、1) 目的犯・身分犯といった各則構成要件の特性が故意ある道具の問題を招いたこと、2) これらの各則構成要件の特色に鑑みるならば、他の犯罪と共通する一元的な正犯基準の定立は困難であること、3) 目的なき・身分なき故意ある道具の事例は、前者については不法領得の意思の定義ないし解釈によって、後者については義務犯論の採用によって解決しうることである。このような所見を基にして、間接正犯の他の諸事例に関する更なる研究に加え、総論と各論の対話による共犯体系の再構築が展望されて、本論文が締めくくられる。

### 〔論文審査の結果の要旨〕

本論文については、以下のように評価することができる。すなわち、本論文は、「間接正犯の正犯性」問題を基調としつつ、目的なき・身分なき故意ある道具を用いた間接正犯という法形象を素材としてドイツ間接正犯論の理論史を丹念に押さえ、日本における同様の問題の理論的解決に向けた有益な示唆を与えるものであ

る。その特徴は、何よりも、ドイツの理論史研究が詳細なことである。たしかに、ドイツの間接正犯論に関する先行研究はこれまでも存在したが、本論文ほど原典を丹念にかつ網羅的に押さえた研究は、これまで存在しなかった。次に、その切り口を「目的なき・身分なき故意ある道具」という、「規範的障害」があるのに「道具」とされるものの問題性に置いたことが注目される。これにより、単純に間接正犯の正犯性を論証する、または否定するといった従来の間接正犯研究と異なって、「自由意思」ないし「自己答責性」に着目して構築された近代刑法の体系の持つ意味と矛盾点を浮き彫りにしたことが注目される。さらには、そこから、近年のドイツ刑法学における「義務犯」の考え方や各則改正を示すなどして、多面的な解決の方向を示唆している点も、注目に値する。また、注目すべきは、このような分析によって、「間接正犯の正犯性」問題をクリアするための「道具理論」それ自体は、堅持することができているということである。

とはいえ、残された課題も多い。とりわけ、詳細な歴史研究に比して解決提案が性急で論証が深められていない点は気になる点である。また、もはや「道具理論」を基礎としない近時の組織的権力機構を通じた間接正犯の考え方をどう見るか、故意または過失の監督責任を根拠とする背後者の正犯性の論証をどのように評価するのかといった課題が残されている。また、日本の最高裁判例には現れていないが、下級審では、どのような解決方法が示唆されているのかについても、分析を深める必要がある。

しかし、このような問題点や課題は、今後の申請者の研究においてさらに検討されるべきものではあるが、本論文の意義やその独創性を左右するものではない。本論文は、日本刑法学における間接正犯研究に新しいページを開くものとして、その意義は高く評価されるべきものである。

以上により、公聴会での口頭試問結果を踏まえ、審査委員会は一致して、本論文は博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

### 〔試験または学力確認の結果の要旨〕

市川氏の研究内容については、2017年2月7日(火)17時から19時まで末川記念会館第3会議室において公聴会が行われ、学位申請者から本論文の概要の報告の後、以下のように参加者との質疑応答が活発になされた。

まず、日本刑法においては目的なき故意ある道具の問題はどのように現れているのか、とりわけ不法領得の意思の明文規定がない日本の刑法では、他者に領得させる目的や他者の領得目的の認識があるだけでも、とくにこれを問題視することな

く、直接行為者に不法領得の意思が認められているのではないかという点が問われた。これに対して申請者は、日本ではこれまで問題が明確に意識されてこなかっただけで、近年は他者に領得させる目的でも（単独）正犯たりうとするための解釈提案がなされており、議論の意味はあることが示された。次に、身分なき故意ある道具では、日本では刑法65条1項を介して共謀共同正犯で処理することで問題なしとすることになるのではないかという質問がなされた。これに対して申請者は、この場合「身分者による犯罪実行」が論証されないままになっており、そこには、身分を行為者（正犯）の要素とするのか、それとも、関与者の誰かにあればよいという意味での行為の要素とするのかという問題が潜在していることが示された。また、これに関連して、日本において身分なき故意ある道具を共謀共同正犯で解決するという方法は、下級審では一般的な傾向なのかという質問も出された。これに対して申請者は、必ずしもそのような事例は一般的ではないという解答がなされた。さらに、身分なき故意ある道具の解決方法として「義務犯」を用いることの妥当性が論証されているのかという質問がなされた。これに対して申請者は、本研究では「義務犯」という考え方が一つの解決方法を示していることを論証したままで、その他の解決方法も含めて、その妥当性の論証は今後の課題であるという解答がなされた。

これらの質問や意見に対して、学位申請者は、真摯かつ適切に応答をしており、また今後の自らの研究の課題についても十分に認識していることが判断できた。本論文は日本とともにドイツを主要な対象としており、本論文を通じて、学位申請者のドイツ語文献の読解力が相当優れたものであることが示されている。また、今回の公聴会での報告とそれに対する質疑応答からも、学位申請者は優れたドイツ語能力を有することが確認できる。

以上の次第で、本審査委員会は全員一致で、市川氏に対し、本学学位規程第18条第1項に基づいて、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当であると判断した。

岡田 行雄

## 少年司法における科学主義

審査委員 主査 渕野 貴生

副査 山口 直也

副査 渡辺 千原

### 〔論文内容の要旨〕

#### 1 本論文の概要

本論文は、少年司法において守られるべき原則の一つとして自明のものとされてきた科学主義に焦点を当て、日本国憲法や子どもの権利条約に照らして、科学主義を少年司法のなかにどのように位置付けるべきか、そして、科学主義に基づく家庭裁判所調査官による社会調査がどのようになされるべきか、さらに、その成果がどのように活用されるべきかについての検討を行うものである。これらの検討を踏まえ、本論文は結論として、少年が非行に至った本質的・決定的問題を主体的に克服する可能性と、少年の成長発達を実現するために最も人権制約の少ない処遇とを解明することに科学主義の新たな理念を見出し、新たな科学主義という概念を提唱する。本論文は、このような新たな理念を論証する手掛かりとして、ドイツ少年司法の動向を探り、さらに、家庭裁判所調査官との生の交流をも通して得られた知見を活かして、科学主義と憲法および子どもの権利条約との関係を明らかにする。そして、社会調査における少年本人の手続参加、試験観察、逆送後の刑事裁判など、少年司法の中核的制度を取り上げ、憲法にのっとった新たな科学主義に基づいて、少年の成長発達権を保障するための課題と具体的方策を提起する。

#### 2 本論文の構成

本論文は、以下の章から構成されている。

序章 少年司法における科学主義の現実とその課題

第1章 科学主義の理念とその危機

- 第2章 科学に基づく「教育不能な少年」の少年司法からの排除
  - 第3章 ドイツ少年裁判補助制度とその諸課題への取り組み
  - 第4章 少年司法における科学主義の新たな理念
  - 第5章 新たな科学主義に基づく社会調査のあり方  
——重大事件に関するものを中心に
  - 第6章 調書依存の社会調査とその克服
  - 第7章 試験観察のあり方
  - 第8章 調査不克服のための試験観察  
——重大事件を起こした累非行少年を中心に
  - 第9章 逆送後の少年刑事事件の審理における新たな科学主義の意義
- 結語

本論文は、2012年3月に、日本評論社から公刊されたものである。

### 3 本論文の内容

少年法は、少年にどのような保護が必要かを裁判官が判断するために、調査を行うにあたって、医学、心理学、教育学、社会学といった経験諸科学の活用を求めており（少年法9条）、その趣旨は逆送後の刑事裁判にも及ぶことも定めている（少年法50条）。科学主義に対して、従来、少年法研究者は、これらの条文によって象徴されている科学主義に基づく社会調査や資質鑑別を十分に行うことを通じて、当該非行の要因となっている少年の問題点が解明されることによって、少年の健全育成を実現するための適切な処遇選択がなされるはずという積極的・肯定的な理解を共有してきた。

これに対して、本論文は、科学主義に内在する問題点があることを指摘し、少年司法全般にかかわる科学主義について、正面から検討する必要があると論じるものである。すなわち、本論文は、少年法は、調査に当たって諸科学をどのように活用すべきかを明らかにしておらず、家庭裁判所調査官による社会調査や少年鑑別所による資質鑑別の方法についても細かく規定していないため、社会調査をどのように行うのか、その際に諸科学をどのように活用するのか、諸科学を少年への処遇決定にどのように役立てるべきかは、個々の調査官や裁判官に委ねられており、その結果、科学主義による調査によって解明された少年の問題点が、厳罰化の根拠として使われ、少年の健全育成を阻害するものになっている危険性があると疑問を投げ

かける。そして、科学主義に対してこのような疑問があるとするれば、社会調査や資質鑑別に伴って生じる少年のプライバシー権に対する侵害を憲法上、許容することはできないのではないかと指摘する。さらに、信頼関係に基づいて行われてきた社会調査に対する信頼が失われ、少年や親族が社会調査等に応じなくなる可能性もあると問題提起をする。

以上のような問題提起に基づき、序章では、少年司法全般にかかわる科学主義について、本論文全体を通じて検討すべき課題が設定される。具体的には、第一に、日本国憲法や子どもの権利条約の観点から科学主義の理念を問い直し、少年司法においてどのように経験諸科学が活用されるべきかを明らかにすること、第二に、日本国憲法や子どもの権利条約の趣旨に合致する科学主義に基づく社会調査のあり方を明らかにすること、という相互に関連しあう2つの点を本論文全体を通じて解明すべき課題として設定する。

第1章「科学主義の理念とその危機」は、現行少年法における科学主義の理念は、調査において、経験諸科学活用に基づき、非行に至る諸要因のメカニズムの解明を通して少年の人格や環境の問題点を把握し、その問題点の解消に向けた非行少年に対する処遇選択に役立てることに置かれていることを明らかにする。そのうえで、こうした理念の実現が、社会調査の主な担い手たる家庭裁判所調査官に強く依存する構造になっていることを指摘し、科学主義の理念の成否は、調査官が経験諸科学についてどれほどの専門性を有しているか、かつ、社会調査においてその専門性を発揮できているかどうかにかかっていると論じる。そして、戦後の少年司法をめぐる動きを分析し、1970年代以降の司法的機能の強化策や、2000年代以降のたび重なる少年法改正、さらに裁判員制度の導入によって、少年事件の迅速・形式処理の要請に加えて、犯情を重視し、被害者の意向を反映する要請が強まった結果、社会調査において、非行の態様やその結果を中心とする非行事実の解明に従前以上に力がそそがれるようになり、それに応じて、経験諸科学を用いた非行要因のメカニズム解明が尽くされなくなってきている様子、換言すれば調査官の専門性を発揮しにくい状況が強くなっていることを析出している。さらに、このような仮説について、調査官に対するアンケートを実施し、回答された自由記述も含めて分析して、調査官の専門性を軽視する方向に調査の枠組みや組織体制が変化してきていることを実証的に明らかにしている。

第2章「科学に基づく『教育不能な少年』の少年司法からの排除」は、ナチス期ドイツ少年司法の理論とその運用を概観することを通して、少年司法において科学がどのように活用されるべきかという課題を検討するにあたっての教訓を引き出す

ことが試みられる。まず、ナチス少年司法では、教育に限界が設定され、少年の資質や人格に基づき、教育的処遇を通しては少年が自己に責任を負えるように成長することができないと判断される場合には、教育的処遇から排除するという選別主義があからさまに採用されたことが明らかにされる。そのうえで、選別主義に基づく少年司法制度を特徴付ける諸制度について、刑事責任年齢の引き下げと成人刑法の適用、少年への教育的処遇、犯罪生物学的調査のための施設収容、迅速に少年を選別するための手続などに焦点を絞り、運用まで含めて概観している。そして、これらの検討を通じて、「教育可能な少年」のみを選別しナチス少年司法における教育の対象とするとともに、「教育不能な少年」を排除するために犯罪生物学的調査が利用されたこと、犯罪生物学的調査によって少年の人格や資質を正確に判断することは困難であったために、軽微な罪を犯した少年に対して誤って教育不能のレッテルを貼り、教育の対象から排除するという恣意的な運用が行われたことが浮き彫りにされる。

第3章「ドイツ少年裁判補助制度とその諸課題への取り組み」は、日本の少年司法における社会調査と同様の内容を含むドイツの少年司法における少年裁判補助とその担い手である少年裁判補助者が直面する諸課題、およびその改革に関する議論を検討している。ドイツの少年裁判補助が、専門性の欠如とマンパワーの不足という課題のほか、とりわけ、少年裁判補助者が裁判所の補助者としての役割と少年にとっての援助者としての役割との間で葛藤に陥るという課題を抱えていることが明らかにされ、それを回避ないし緩和することに向けた理論的な取り組みとして、いくつかの改革提案を概観する。そのうえで、それらの改革提案には、第一に、少年援助の担い手について、専門性と独立性を確保することの重要性が説かれていること、第二に、少年事件の調査においては、それが少年の想定を超えた不利益に働くことによって調査担当者と少年との間の信頼関係が破壊されることを何よりも避けようとしていることという共通点があると分析している。

第4章「少年司法における科学主義の新たな理念」は、第3章までで析出された科学主義の理念が直面する危機を踏まえて、著者が提唱する新たな科学主義の理念を提示している。まず、子どもの人権が、子どもの今ある自律的人格の尊重のうえに、その全面的人格発達を保障することを意味する成長発達権として構成されるようになってきたという理論的発展の到達点を確認し、少年が非行の要因となった問題点を主体的に克服することができなければ、プライバシーへの深い立ち入りを埋め合わせるほどの利益が実現したとはいえ、科学主義の名のもとでの調査は正当化されないと論じる。そして、成長発達権を基礎づける憲法や子どもの権利条約が

要求する規範的価値に基づいて、少年の最善の利益を追求し、その成長発達を最大限保障するとしても、そのための少年に対する基本的人権の制約は必要最小限とすることが求められているとする。そして、以上の検討の結論として、科学主義の理念について、科学活用に基づく社会調査や資質鑑別において、可能な限り少年の人権制約が小さい方法を通して、さまざまな要因がどのように結びついて非行に至ったのかというメカニズムだけでなく、少年がその非行に至った本質的・決定的問題を明らかにし、それを主体的に克服できる処遇のうち、最も少年の人権制約が小さいものを解明することと再定義し、これを新たな科学主義と名付けている。そのうえで、新たな科学主義の理念のもとで、非行に至った本質的・決定的問題を主体的に克服できる処遇のうち最も人権制約が小さいものを解明するためには、少年の成長発達可能性を裏付ける社会資源や少年の長所・潜在能力等の解明がなされることが重要であることを強調している。

第5章「新たな科学主義に基づく社会調査のあり方——重大事件に関するものを中心に」では、第4章で提唱された新たな科学主義に基づく社会調査のあり方について、重大事件を素材にして具体的に検討することを通じて、新たな科学主義の理念の実践的意義が改めて検証される。検証を通じて、少年法20条2項を原則逆送規定とする解釈に基づく社会調査のあり方は犯情以外の事項に関する社会調査の必然的等閑視が導かれることになる点で、科学主義の観点から妥当ではないとして、犯情説に対する問題点が指摘される。第5章では、さらに、新たな科学主義と少年の手続参加との関係が論じられる。社会調査においても、成長発達権に基づく憲法や子どもの権利条約の要請から、少年の手続参加が保障されなければならない、このような手続参加は、新たな科学主義と共通性を有し、それと整合するものであることが明らかにされる。そして、手続参加の保障の要請からの具体的帰結として、社会調査の意義を少年に分かりやすく説明し、少年のプライバシーに関する事項の照会や心理テストに対して少年の同意を取ることや、少年調査票の内容を少年に分かりやすく伝えることなどを導いている。そして、さらに、新たな科学主義に基づき、少年の手続参加が保障されたあるべき社会調査を実現していくためには、あるべき社会調査に関する専門的研修、社会調査の検証、あるべき調査活動の保障、付添人の社会調査への関与がなされなければならないだけでなく、裁判官があるべき社会調査の結論を適切に活用し、たとえ調査官の処遇意見を採用しない場合でも、その理由を決定書に明示しなければならないという前提条件を提示している。

第6章「調書依存の社会調査とその克服」は、裁判員制度の導入等を契機に、家庭裁判所調査官が作成する少年調査票に「簡にして要を得た」記載が求められるよ

うになったため、社会調査が、捜査機関から送付された供述調書等の法律記録に基づき、非行事実を解釈し、それに至った要因を分析するだけのものに变质してしまう可能性が高まっているという、近時顕在化しつつあるアクチュアルな問題状況を捉えて、そのような調査のあり方を新たな科学主義の観点から批判的に検討している。少年の問題点を浮き彫りにするような供述調書に基づいて非行解釈や背景分析を行ったとしても、非行に至った問題点を少年が主体的に克服するために必要となる少年の資質や社会資源等は潜在したままとなることから、新たな科学主義の観点から到底妥当なものとはいえないことが明らかにされる。また、供述調書に依存し、面接において供述変遷の理由を少年に問い詰めるような社会調査は、少年の手続参加に対する意欲を失わせ、手続参加を阻害すると指摘する。そのうえで、供述調書依存の社会調査を克服するためには、供述調書の内容とは距離を置き、むしろ供述調書の内容を疑う姿勢が必要であることが強調される。

第7章「試験観察のあり方」は、新たな科学主義とそれが要請する少年の手続参加の観点から、科学主義の危機である調査不尽を克服するための一手段としても意義を有する試験観察のあり方を検討する。試験観察では、遵守事項やその設定方法、遵守事項違反の場合にどのような対応を取るか等を中心に、家庭裁判所調査官に大きな裁量が認められているが、それが故に、裁量の行使を通して少年が一方的に抑圧された挙句に、その経過が悪いということを理由に自由剥奪処分がなされるおそれがあり、かえって機能不全をもたらしている側面があるとの分析に基づき、大きすぎる裁量を新たな科学主義と少年の手続参加の観点から、適切な範囲に限定する必要があると論じている。具体的には、試験観察中の働きかけを少年の成長発達可能性を解明するために必要な範囲に限定し、試験観察の方法や遵守事項の決定に当たって少年の意見を十分に聴き、少年と合意する必要があることなどを提起している。

第8章「調査不尽克服のための試験観察——重大事件を起こした累非行少年を中心に」は、第7章における検討を踏まえて、調査不尽が生じやすい類型として、累非行少年が重大事件を起こしたとして家庭裁判所に係属した場合を取り上げて、新たな科学主義の観点から試験観察の拡充の必要性について考察している。累非行少年による重大事件においては、以前の事件に関する社会調査によって少年にとってのネガティブな材料は豊富にあるうえに、今回係属している重大事件に関する供述調書により明らかになる非行事実から、動機は身勝手、事件は凶悪であり、少年個人に非行の原因があり、非行性は深化しているとの解釈しかなされない危険があるがゆえに、調査不尽が構造的に生じやすいことが、実証的データの分析を踏まえ

て明らかにされる。このような問題把握に基づいて、調査不尽在生じやすく、そのために自由剥奪処分が言い渡されやすい累非行少年の重大事件類型こそ、科学活用に基づき、少年が直面する諸問題を主体的に克服する可能性が十分に解明されることを通して、自由剥奪処分を避ける方向で、試験観察を活用すべきことを論じている。そのうえで、さらに、累非行少年による重大事件について試験観察を実施するために必要とされる条件整備について考察し、実践ケースの共有と検証、人的・物的手当やそれに代わる転勤政策の転換などの具体的提言を行っている。

第9章「逆送後の少年刑事事件の審理における新たな科学主義の意義」は、第8章までの検討結果を改めて振り返りつつ、逆送後の刑事裁判においても新たな科学主義に基づく審理が要請されることを論じている。まず、新たな科学主義のもとで、刑事裁判では、逆送決定において保護処分などを活用した少年の問題克服可能性が十分に検討されたのかについて、科学活用に基づく再審理が要請されることを論じる。さらに、少年事件の裁判員裁判において、社会記録が証拠として採用されなかったり、当事者相互によるつまみ食いの採用に終わっている実情を明らかにしたうえで、このような審理のあり方は科学主義に沿わないものであるとして、社会調査記録が可能な限り全体として証拠調べされる必要性を指摘する。一方で、事実上形骸化した社会調査の結果がまとめられた社会記録が証拠調べされても、少年法50条の趣旨は到底満たされないとも論じ、家庭裁判所調査官に対する証人尋問および、刑事裁判所による独自の鑑定実施を提起する。そして、科学を十分に活用した再審理が刑事裁判で行われた結果、刑事裁判所が、逆送決定は不相当という心証に達した場合には事件を家庭裁判所に再移送しなければならないと結論付けている。

最後に、結語で、これまでの本書の検討結果と主張が改めて簡潔にまとめられるとともに、今後の研究課題が示されて、本書が結ばれている。

## 〔論文審査の結果の要旨〕

### 1 課題設定

「非行ある少年の健全育成」を目的に掲げる少年法は、家庭裁判所が少年事件の調査を行うにあたって、医学、心理学、教育学、社会学といった経験諸科学を活用することを求めており（少年法9条）、その趣旨は、逆送後の刑事裁判にも及ぶことも定められている（少年法50条）。少年司法においては、少年の立ち直りと成長発達を促すために、非行の原因を把握し、少年に対してさまざまな働きかけ・処遇が行われる必要があるが、そのような働きかけ・処遇が思い付きや思い込みに基づ

く恣意的で不合理なものに流れてしまえば、少年の権利をいたずらに侵害し、少年の成長発達をかえって阻害しかねない。それゆえ、経験諸科学の知見を踏まえた科学的な非行原因分析とそれに基づく合理的な働きかけ・処遇が行われることが正当であることは、一般論としては、否定しようがない。このように、科学主義自体には疑問が生じない状況を反映して、従来、科学主義に関して、その理念や内実の根本に立ち入って、社会調査をどのような理念に基づいてどのように行うべきか、その際に諸科学をどのように活用すべきか、科学を活用して得られた調査結果が少年の処遇決定にどのように役立てられるべきか、といった点について全面的に検討した包括的研究は存在しなかったといってよい。本論文は、「少年司法における科学主義」というこれまで当然視されてきた基本原則の意義・課題・果たすべき機能について本格的に検討し、あるべき科学主義のモデル論を学界に提示するもので、高い学術的新規性が認められる。

## 2 新たな科学主義理念の構築

現行少年法における科学主義の理念は、経験諸科学を活用した調査に基づき、非行に至る諸要因のメカニズムを解明することを通して、少年の人格や環境の問題点を把握し、その問題点の解消に向けた非行少年に対する処遇選択に役立てるといった点に置かれている。しかし、実際には、こうした理念を実現するための法的・制度的裏付けや枠づけに乏しく、理念の実現は、社会調査の主な担い手たる家庭裁判所調査官や調査の結果を踏まえて決定を出す裁判官の裁量に強く依存する構造になっている。本論文は、現行少年法のこのような構造を実証的に明らかにしたうえで、その結果、科学主義による調査によって解明された少年の問題点が、厳罰化の根拠として使われ、少年の健全育成を阻害するものになっている危険性があるという科学主義の問題点を明らかにしている。従来、疑問を持たれることが少なかった科学主義に少年の権利を脅かす危険が潜んでいることを実証的・理論的に解明し、科学主義理念に新たな視点を提示した本論文が、少年法研究に与えた影響力・波及力はきわめて大きい。

第二に、本論文は、日本国憲法や子どもの権利条約の観点から、科学主義の理念を問い直し、少年司法においてどのように経験諸科学が活用されるべきかを明らかにすること、および日本国憲法や子どもの権利条約の趣旨に合致する科学主義のもとでの社会調査のあり方を明らかにすること、という明確な視角を設定する。そして、これらの視角に基づいて、科学主義の理念について、科学活用に基づく社会調査や資質鑑別において、可能な限り少年の人権制約が小さい方法を通して、さまざま

まな要因がどのように結びついて非行に至ったのかというメカニズムだけでなく、少年がその非行に至った本質的・決定的問題を明らかにし、それらの問題点を主体的に克服できる処遇のうち、最も少年の人権制約が小さいものを解明することと再定義した新たな科学主義を提示している。本論文が、憲法と子どもの権利条約に依拠して、科学主義の新しいモデルを提示したことの理論的意義は極めて高く、科学主義をめぐる理論水準を格段に発展させたものということができる。

第三に、本論文は、本論文において提示した新たな科学主義に基づいて、重大事件における社会調査の実質化や試験観察の活性化、逆送後の刑事裁判における少年法55条による移送判断をにらんだ科学主義の活用方法など、現在の少年法が解決を迫られている喫緊の課題への具体的な改善策や改革案を提示している。社会調査において捜査機関の供述録取書に対する批判的検討を行う必要性、狭義の犯情にとらわれない幅広い調査の必要性、幅広い調査を行う前提として少年から同意を取り、少年に対して調査結果をていねいに説明する必要性、累非行少年による重大事件にこそ試験観察を活用すべき根拠、刑事裁判における社会記録の証拠調べ方法や、家庭裁判所調査官に対する証人尋問、鑑定活用の必要性など、少年手続全般にわたって、きわめて実践的で具体的な提案が積極的になされている。このことは、本論文が提示した新たな科学主義の理論的価値を高めるとともに、本論文の実践的意義を高めるものとなっている。

第四に、本論文は、提示した新たな科学主義理論の妥当性を自己検証するに当たっても、少年司法の各制度に対して実践的具体的提言を行うに当たっても、常に、それを担うべき担い手に改革を担うに足りる現実的基盤があるかどうかを確認し、家庭裁判所調査官等の科学主義の担い手が、専門性と独立性を発揮できるようにするための人的・物的・制度的条件を併せて提示している。このことによって、本論文が提示する実践的提言の現実性が高まるとともに、理論的検討にも厚みが増し、その社会的・学問的価値は、少年司法全体にまで波及する広がりのあるものとなっている。

### 3 研究方法

本論文は、研究方法の点でも、高度な学術的価値を有している。

第一に、本論文は、社会調査やその担い手が抱える問題点を把握するにあたって、単に抽象的に問題の顕在化の可能性を指摘するのではなく、裁判例、統計などを丹念に分析するのみならず、実際に社会調査を日々行っている家庭裁判所調査官に対して自らアンケート調査を実施するなど、多角的な側面から徹底的に実証的な

事実を積み上げて、問題が現実には顕在化していることを論証している。このように、徹底した実証的研究に基づいて新たな科学主義理論および具体的改革提言を提示するという手法を取ることで、本論文は極めて強固な説得力を獲得している。

第二に、本論文においては、比較法を適切に踏まえて理論が構築されている。本論文は、比較法の対象をドイツに求めているが、ドイツの少年司法制度を平板に概観するという手法は取らずに、少年司法において科学がどのように活用されるべきかという課題を検討するにあたっての教訓を引き出すことと担い手についての課題を探ることという明確な目的を設定して、ナチス期ドイツ少年司法の理論とその運用を詳しく検討し、ドイツの少年司法における少年裁判補助とその担い手である少年裁判補助者が直面する諸課題、およびその改革に関する議論を検討している。このように本論文は、比較法研究によって解明しようとする課題を明確化し、課題に対して適切な示唆を得られる対象を的確に定め、たうえて比較法研究を展開しており、比較法研究と理論研究や実践的な改革提言との間に密接な関連性を認めることができる。このことも理論研究および改革提言の説得力を高めている。

第三に、本論文は、プライバシー権や少年の手続参加権などを媒介させて、憲法および子どもの権利条約に基づく、法的な観点からの根拠づけをしっかりと行っただうえて、少年の健全育成や成長発達を保障した科学主義の必要性を論じている。そのことによって、本論文が提示する理論や実践的提言の法理論的基盤がより強固なものになると同時に、少年の適正手続と整合した理論モデルの構築を実現している。

#### 4 残された課題

以上のように、本論文は、理論的にも、実践的にも大きな意義を有する高度な学術研究であるが、なお残された課題も存在することを指摘しなければならない。

第一に、少年法における科学主義に基づく制度としては、家庭裁判所調査官による社会調査と並んで、少年鑑別所による資質鑑別が重要な位置を占めている。現在の少年法の実務においては、社会調査と資質鑑別が車の両輪となって、現行少年法における科学主義を支えていると言える。本論文は、主として社会調査のあり方に焦点を当てて、批判的に検討し、新たな科学主義理念を構築しているが、資質鑑別に対する検討は、なお付随的なものにとどまっている。新たな科学主義理念のもとでの資質鑑別のあるべき姿を具体的に提示するとともに、本論文で展開されている社会調査のあるべき姿と資質鑑別とがどのように相互に関連しあって全体としての新たな科学主義理念を形成していくのかを明確にしていく必要があるだろう。

第二に、本論文は、科学主義が再犯のリスクアセスメントに終始することによって、非行少年を強制的に治療したり、社会から排除する論理に悪用される危険性について繰り返し、警鐘を鳴らしている。このような問題意識は、本論文の特長をなすもので、高く評価されるべきであるが、一方で、社会調査や資質鑑別において、一定のリスクアセスメントが現に行われており、またその必要性を完全に否定することはできないことに鑑みて、新たな科学主義の下で、再犯リスクをどのように位置付けるかを一層明確にする必要があるだろう。とりわけ、リスクアセスメントとリスクマネジメントを明確に峻別したうえで、社会調査や資質鑑別において、再犯リスクをいかなる視点で処遇の提言に組み込むべきであり、逆に、組み込んでほしくないのかを明らかにする必要があるだろう。

第三に、本論文は、新たな科学主義を実践するにあたってその担い手を意識する必要性を強調し、家庭裁判所調査官等の科学主義の担い手が、専門性と独立性を発揮できるようにするための人的・物的・制度的条件を併せて提示しているが、それらの条件を満たすための担い手養成のあり方や付添人や福祉関係者など他機関との連携の在り方などに研究を発展させることが強く期待される。そのような方向性に研究を発展させることが、本論文の理論的および実践的価値をさらに高めることになるだろう。

## 5 結 論

以上、残された課題をいくつか指摘したが、これらの課題は、本論文の学術的・社会的価値を損なうものでは全くない。むしろ、本論文が科学主義に関する議論の先頭に立つものであるからこそ、新たな課題を浮かび上がらせることができたと見えよう。本論文は、これらの研究課題への取り組みを進めることによって、より高次の学術的・社会的価値を獲得する可能性をもったものとして、高く評価されるべきものである。

本審査委員会は、以上のような本論文の意義を確認したうえで、本論文が博士学位を授与するにふさわしい優れた研究であることを全員一致で確認した。

### 〔試験または学力確認の結果の要旨〕

2017年2月3日（金）午後1時から3時にかけて、末川記念会館第2会議室において、博士学位請求論文審査公聴会を実施した。公聴会においては、学位請求者より、学位請求論文の概要について報告を受け、活発な質疑が行われた。

そこにおいては、科学主義に基づく調査・審判・刑事裁判において少年の手続参

加の権利性・法的意義をどのようにして保障・確立していくか、家庭裁判所調査官の証人尋問の是非、社会調査の目的を少年の適正手続権保障と整合させるための理論的枠組みは何か、社会調査に対する憲法に基づく制約の論理の合理性、科学と価値中立性との関係など、科学主義をめぐる本質的問題をめぐって、質疑応答が行われた。学位請求者は、いずれの点についても、本論文で示された知見に基づき的確な応答を行った。さらに、学位請求者は、学位請求論文執筆後にさらに研究を進展させて、少年司法における Evidence Based Policy 活用のあり方、少年司法における虐待被害、少年司法における諸機関連携など、すでに、残された課題のいくつかについて研究を進めており、公聴会においては、それらの成果を踏まえた深い思索に裏打ちされた応答がなされた。これらの応答によって、本論文の意義が改めて確認されるとともに、学位請求者の優れた研究能力が示された。

本学位申請は、本学学位規程第18条第2項に基づいて行われたものだが、学位請求者は、熊本大学法学部教授として、学部および大学院にて、刑事政策等の科目を担当している。また、本論文に加え、学位請求者の他の業績や学会での評価、さらには上記公聴会における質疑に対する的確な応答により、十分な専門知識を有することが認められ、本論文第3章、第4章のドイツ法研究における外国語文献の読解から十分な外国語能力を有することが確認された。したがって、本学学位規程第25条第1項に基づき、試問および外国語試験を免除した。

以上をもって、審査委員会は全員一致で、本学学位規程第18条第2項に基づいて、本学位請求者に対して、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当と判断した。